Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

ſchende, aber, wie neuerdings wieder gezeigt worden iſt [27]), gewiß wichtige Meinung.

Iſt alſo das Recht auf Acquiſition ſchon mit der Delation ein in jeder Hinſicht feſtes, iſt das deferirte Vermächtniß bis auf die Aeußerlichkeit des wirklichen Genuſſes ſo gut wie acquirirt zu betrachten, und iſt mithin die Transmiſſion auf die Erben des nach der Delation verſtorbenen Legatars nicht wie bei deferirter Erbſchaft ausnahmsweiſe, ſondern regelmäßig geſtattet; ſo leidet der Vorzug jener Erben vor den Subſtituten ſo wenig einen Zweifel, als ein ſolcher Statt finden könnte, wenn der Legatar nach der wirklichen Acquiſition verſterben würde.

XIX.

Steht dem Pfandſchuldner das beneficium excussionis reale zu, wenn er ſeinem Gläubiger neben der Generalhypothek eine ſpecielle beſtellt?

Beantwortet von Herrn Dr. F. C. Th. Hepp, Privatdocenten d. R. zu Heidelberg.

Wir betrachten hier die Frage: wenn ein Schuldner ſeinem Gläubiger neben der Generalhypothek noch ein beſonderes Pfandrecht auf eine einzelne Sache derſelben Maſſe conſtituirt, welche Wirkung ein ſolches pactum unter den Partheien habe? ob nämlich der Gläubiger in ſeinem Wahlrechte dadurch beſchränkt werde, ſich alſo gefallen laſſen müſſe, von dem Pfandſchuldner zuerſt auf die ſpeciell verpfändete Sache verwieſen zu werden; oder ob dem letzteren

27) *A. G. de Schröter* observatt. jur. civ. Jen. 1826. 8. obs. VI.

gedachtes beneficium (b. excussionis reale genannt) nicht zuſtehe? Damit hängt die andere, gewöhnlich daneben aufgeworfene, uns aber hier eigentlich nichts angehende Frage zuſammen: ob auch der dritte Beſitzer, der kein Pfandgläubiger iſt, auf dieſe Rechtswohlthat Anſpruch machen könne? In beiderlei Hinſicht ſind die Meinungen der älteren ſowohl, als neueren Rechtslehrer ſehr getheilt. Einige ſprechen das beneficium beiden unbedingt zu; Andere eben ſo unbedingt ab. Wiederum Andere räumen daſſelbe blos dem dritten Beſitzer ein, während Andere es blos dem Pfandſchuldner zugeſtehen. Ueber dieſe verſchiedenen Ideen ſ. Weber vom pignore tacito subsidiario (in deſſen Verſuchen über d. Civilr. Bd. 1. S. 177 fg.), Glück Commentar Bd. 18. S. 235 fg., Geſterding vom Pfandrecht S. 345 fg., *Caplick* de pignore generali p. 73 sq., und Thibaut Pand. Bd. 2. §. 639.

Daß dem nachſtehenden Pfandgläubiger das gedachte beneficium exc. zukomme, wenn er mit der hypothekariſchen Klage auf Herausgabe der unter die generelle Hypothek des Klägers fallenden Pfandſtücke belangt wird, iſt keinem Zweifel unterworfen, auch von niemanden beſtritten worden, da die l. 2. Cod. de pignor. grade von dieſem Fall redet. Auch dem Pfandſchuldner geſtatten viele Rechtslehrer daſſelbe wegen l. 9. Cod. de distract. pign., die aber nach der Meinung Anderer unſern Fall gar nicht enthalten ſoll. Es kommt daher hier alles auf die richtige Interpretation der gedachten l. 9. Cod. an, die ihre Schwierigkeiten hat, und, wie mich dünkt, bisher noch nicht befriedigend erklärt worden iſt. Sie lautet alſo:

> Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis et solenniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quodsi quid deerit, non prohibemini cetera etiam bona jure conventionis consequi.

So viel iſt nun vorerſt keinem Bedenken unterworfen, daß in unſerer Geſetzſtelle von einem, zwiſchen dem Gläubiger und Schuldner, über Veräußerung von Pfandſtücken obwaltenden Streite die Rede ſey; welches ſo klar aus den Worten: debitoribus detrectantibus solutionem hervorgeht, daß kaum zu begreifen iſt, wie Geſterding [1]) dieſen Umſtand hat in Zweifel ziehen können [2]). Daraus folgt denn eben ſo unläugbar, daß, wenn anders unſere lex wirklich von dem Fall einer generell und ſpeciell conſtituirten Hypothek redet (was wir hier einſtweilen ſupponiren wollen): ſie auf keine Weiſe auf den dritten Beſitzer der verpfändeten Sache ausgedehnt werden könne, wenn gleich Geſterding a. a. O. behauptet, es ſey wenigſtens der Conſequenz gemäß, auch dieſem das benef. exc. zu geſtatten, wenn man es einmal dem Pfandſchuldner zuſprechen wolle. Denn theils haben wir es hier mit einer beſondern poſitiven Vorſchrift (einem beneficio) zu thun, welche keine Ausdehnung über die ihr geſetzlich geſteckten Gränzen zuläßt; theils würde die entgegengeſetzte Anſicht der Natur und dem Weſen eines Vertrags, aus welchem keine dritte Perſon einſeitig für ſich Rechte und Verbindlichkeiten ableiten kann, gradezu widerſtreiten.

Es fragt ſich nun aber, ob unſere Suppoſition gegründet ſey, d. h. ob die l. 9. Cod. cit. wirklich von dem Fall rede, wo der Schuldner ſeinem Gläubiger neben der generellen Hypothek auch noch ein beſonderes Pfandrecht auf ein einzelnes Stück derſelben Maſſe eingeräumt hatte? Dies haben die Mehrſten geläugnet, und daher zur Bejahung der obigen Frage zu allgemeinen, außerhalb des Geſetzes liegenden, Gründen ihre Zuflucht genommen. Namentlich hat der Ausdruck: jure conventionis viel Anſtoß gegeben, und man kann wohl mit Recht ſagen, daß darin die Hauptſchwierigkeit

1) A. a. O. S. 349.
2) Glück a. a. O. S. 243.

des Ganzen liege. Indeß hat man ſich hier auf mehrfache Weiſe zu helfen geſucht. Einige [3]) wollen das jure conventionis nicht auf das dingliche (das Pfand-) Verhältniß bezogen wiſſen, ſondern denken dabei an die aus dem Schuldvertrage entſpringende perſönliche Klage; alſo daß der Kaiſer habe ſagen wollen: reicht das gegebene Specialpfand zur Tilgung der Schuldforderung nicht hin, nun wohl! ſo mögt ihr euch mit der Contractsklage an den übrigen Gütern des Schuldners erholen. Zur Beſtätigung dieſer Anſicht beruft man ſich auf die Baſiliken [4]). Aber dieſen legt man auch hier, wie öfter, in den Mund, was ſie zwar nicht wirklich ſagen, aber doch hätten ſagen ſollen. Denn wenn man mit Glück das ὡς ὑποκείμενα αὐτῷ durch: *tanquam* obligata, d. i. supposita, oppignerata (dies iſt bekanntlich die Bedeutung von ὑποκεῖσθαι), wiedergibt, was wäre dann der Sinn? Kein anderer als dieſer: im Nothfall ſtellt die Contractsklage an, und greift damit das übrige Vermögen der Schuldner an, gleichſam als wäre es euch verpfändet. Allein dann hätte es doch gewiß einer Erklärung dieſer ſonderbaren Wendung bedurft. Nein! ὡς ὑποκείμενα beweiſt grade das Gegentheil; es heißt ſ. v. a. utpote, quippe supposita, drückt alſo den Grund (die ratio) aus: da oder weil euch das übrige Vermögen der Schuldner verpfändet iſt, ſo packt es an. Folglich dachten die Verfaſſer der Baſiliken hier ganz offenbar an eine Generalhypothek. Aber auch abgeſehn von dieſer Auctorität, was ſagte dann nach jener Interpretation das ganze Reſcript? Nichts als dieſes: wenn die Schuldner nicht zahlen wollen, ſo greift das Specialpfand an, und reicht dies nicht hin, ſo ſtellt die aus

3) *Wordenhoff* Diss. de conc. et collis. utriusque hyp. tum gener. tum spec. §. 11. Glück l. c. S. 243, 44.

4) Lib. 3. Tract. 12. Qu. 7: Ἐὰν ὁ δανειστὴς πωλῶν τὴν ἰδικὴν ὑποθήκην, τὸ ἱκανὸν μὴ ὑπομείνῃ, δυνάται λοιπὸν καὶ τὰ ἄλλα πράγματα ἐκδικεῖν, ἢ πιπράσκειν ὡς ὑποκείμενα αὐτῷ.

dem Schuldvertrage entſpringende perſönliche Klage an. Iſt dies aber wohl ein Rechtsſatz, der auf einen eignen Platz im Codex Anſpruch machen könnte? verſteht er ſich nicht ganz von ſelbſt? und was wollte der Kaiſer mit dieſem nüchternen Satze? Man erwäge daneben noch den ganzen Zuſammenhang der Stelle; beſonders das quae *specialiter* vobis obligata sunt, welches auf einen Gegenſatz ſchließen läßt, der auch in der That in den Schlußworten des Reſcripts enthalten iſt. Indeß hat man ſich auch hier wieder zu helfen gewußt, und geſagt, der ganze Nachdruck liege in den Worten: *bona fide* debetis *et solenniter* vendere, zu welchem Behuf man ſich auf die Stellung der lex unter der Rubrik de distractione pignorum berufen hat.

Allein auch dieſer Umſtand beweiſt in der That nichts. Denn vorausgeſetzt, daß in unſerer Geſetzſtelle wirklich der Satz ausgeſprochen ſey, dem Pfandſchuldner ſolle das beneficium exc. reale zuſtehen (was nachher bewieſen werden ſoll): ſo iſt nicht einzuſehen, weshalb eine ſolche Verfügung nicht mit allem Recht ihren Platz unter dem Titel de distractione pignorum finden ſollte. Man leſe nur die übrigen unter dieſer gemeinſchaftlichen Ueberſchrift enthaltenen Geſetze von ſehr verſchiedenartigem Inhalte, um nichts Widernatürliches in der Stellung des Reſcripts zu finden. Doch wir wollen auch zugeſtehen, daß die Worte bona fide und solenniter nicht ohne Bedeutung ſind, was in der That auch der Fall iſt: ſo kann doch darauf allein unmöglich das ganze Reſcript berechnet, oder lediglich darauf gegründet ſeyn. Denn dann wäre darin nichts als der einfache Satz ausgeſprochen: das Specialpfand ſoll bona fide und solenniter verkauft werden; welches ſich ja ganz von ſelbſt verſteht. Denn die zu veräußernde Sache mag specialiter verpfändet ſeyn, oder der Gläubiger mag vermöge einer generellen Hypothek das Verkaufsrecht derſelben erlangt haben: ſo gilt ja das bona fide und solenniter in allen Fällen. Dann erwäge man auch den gleich nachfolgenden Satz: ita

enim ... possit, um den Ungrund der obigen Behauptung noch mehr einzusehen. Denn beruhte der ganze Nachdruck der lex lediglich und ausschließlich auf den gedachten Worten, so gäbe sie gar keinen vernünftigen Sinn; es würde dann also heißen: nur unter der Voraussetzung, daß das Specialpfand *bona fide* und *solenniter* verkauft ist, wird sich ergeben, ob der Verkaufspreis zur Tilgung der Schuldforderung hinreiche, oder aber nicht. Welche Ideenverbindung! Die bona fides und das solenniter sind zwar nothwendig, damit der ganze Verkaufsact in sich selbst rechtsgültig bestehe; aber nicht aus diesem (freilich unerläßlichen) Nebenumstande, sondern aus dem Verkaufe an und für sich, als dem eigentlichen oder Hauptumstande, wird die gedachte Frage erledigt. Es müßte sonst schlimm um die Logik des Gesetzgebers aussehen! Also: die bona fides und das solenniter sind nur conditio sine qua non eines recht- und gesetzmäßigen Verkaufens; aber daraus läßt sich noch keineswegs die ganz davon unabhängige Frage beantworten, ob die Veräußerungssumme die Schuldforderung decke oder nicht. Man wird also, wenn man anders die gedachten Worte nicht für ganz bedeutungslos und müssig halten will, schon durch das gesunde Gefühl darauf geleitet, daß ein Gegensatz in der lex enthalten seyn müsse, der auch, wenn man nur recht zusieht, in den Worten jure conventionis liegt. Diesen letztern Ausdruck hat noch kürzlich Gesterding a. a. O., und nach ihm Glück und Caplick a. d. a. O., wie schon vorher Koch [5]), gänzlich mißverstanden, indem er dabei an den Fall denkt, da unter den Partheien ausdrücklich die Verabredung getroffen worden, daß die Generalhypothek nur in subsidium haften solle. Allein war ein solcher Nebenvertrag wirklich abgeschlossen, so bedurfte es ja, um die streitenden Partheien auseinander zu setzen, keines

5) Diss. de conc. hyp. specialis et generalis. Giess. 1782. §. 21.

eignen Reſcripts, da ſich dann die Sache von ſelbſt erledigen mußte, zumal nach der l. 2. D. qui potior [6]). Wir mußten daher annehmen, es ſey die ganze lex blos um der Worte b. f. und solenniter willen da; wofür es, wie erinnert worden, keinen Grund gibt. Auf allen Fall hätte dann der ganze übrige Theil des Reſcripts von den Worten: ita enim bis zu Ende als ganz überflüſſig wegfallen können, und doch ließen ihn die Interpretatoren ſtehen.

Mir ſcheint es ganz unzweifelhaft, daß unſere lex von dem Fall der Verbindung einer Specialhypothek mit einer generellen rede; was auch Geſterding zugeſteht. Das specialiter zu Anfang derſelben läßt offenbar einen Gegenſatz erwarten, und dieſer findet ſich auch in den Schlußworten: cetera bona, welche die Generalhypothek bezeichnen, wie in l. 2. cit. und l. 1. D. de distract. pign. Einen zweiten Gegenſatz bilden die Worte: bona fide et solenniter und jure conventionis. Man muß ſich nämlich hier einen beſtimmten Fall denken, den der Kaiſer vor Augen hatte, und der auch deutlich genug durch den Gegenſatz ausgedrückt iſt.

Vorerſt fragte es ſich, da die Partheien über die Ordnung, in welcher die Pfandſachen zu Verkauf gebracht werden ſollten, keine beſtimmte Verabredung, wie nach l. 2. D. cit., getroffen hatten: ob der Gläubiger vermöge ſeiner generellen Hypothek, mit Uebergehung der ihm ſpeciell verpfändeten Sache, ſich an jedes beliebige Vermögensſtück des Schuldners ſolle halten dürfen; oder ob dem letzteren das benef. exc. r. zuſtehe, worauf dieſer ohne Zweifel Anſpruch machte? Demnächſt hatten die Partheien, Creditor und Debitor, bei der Generalhypothek nähere Verabredungen über den eigentlichen Verkauf der Pfandſachen getroffen, ohne daß angegeben wird, worin dieſe beſtanden; was uns aber auch gar nicht im entfernteſten intereſſiren kann. Bei der Special-

6) Meine Diss. ex quo tempori hypotheca bona debitoris afficiat. Lips. 1825. p. 85. 86.

hypothek hatten ſie dies unterlaſſen. Da entſtand nun natürlich die nicht unwichtige Frage: ob, da doch die Specialhypothek mit unter der generellen Verpfändung begriffen ſey, die bei dieſer getroffenen näheren Beſtimmungen ſich auch auf jene erſtreckten? Das Reſcript beantwortet beides, indem es die ganze Pfandverſchreibung, wie ſie es auch wirklich war, als einen doppelten Act betrachtet wiſſen wollte. Damit iſt denn der Satz ausgeſprochen: die Specialhypothek ſoll nicht unter die generelle fallen, ſondern für ſich, als ein ſelbſtſtändiges Rechtsgeſchäft beſtehen, ſie ſoll ihre eigne Bedeutung haben. Daraus folgen denn von ſelbſt die folgenden Sätze:

1) Die ſpeciell verpfändete Sache ſoll zuerſt zu Verkauf gebracht werden (Quae *specialiter* vobis obligata sunt .... debetis vendere. Ita enim etc.). Mit andern Worten heißt dies ſ. v. a.: der Pfandſchuldner hat das beneficium excussionis reale.

2) Da die Specialhypothek als ein für ſich beſtehender Pfandvertrag zu betrachten iſt, und keine näheren Beſtimmungen über den Verkauf der Sache getroffen ſind, ſo treten die allgemeinen Grundſätze vom Verkauf bei Pfandſtücken ein (debetis *bona fide* et *solenniter* vendere).

3) In subsidium haftet die Generalhypothek. (Quodsi quid deerit, non prohibemini *cetera* etiam *bona* ... consequi; welchen letztern Ausdruck die Baſiliken durch: ἐκδικεῖν ἢ πιπράσκειν ὡς ὑποκείμενα αὐτῷ überſetzen, d. h. zum Erſatz erhalten oder verkaufen, als unter der Generalhypothek enthalten.)

4) Bei dieſer geht der Verkauf der Pfandſtücke nach den getroffenen näheren Verabredungen (ex jure conventionis) vor ſich. Man könnte indeß auch das ex jure conventionis auf den Generalpfandvertrag beziehen, da ja ein pactum hypothecae unläugbar eine conventio iſt, alſo daß der Sinn wäre: reicht die Specialhypothek zur Tilgung der Schuld nicht hin, ſo ſteht es euch Gläubigern frei,

vermöge euerer Generalhypothek (ex j. c.) das übrige Vermögen der Schuldner anzupacken. Auch die Baſiliken ſcheinen den Ausdruck ſo verſtanden zu haben — denn ὡς ὑποκείμενα αὐτῷ iſt offenbar die Ueberſetzung und Umſchreibung deſſelben — und dafür ſpricht auch die l. 17. Cod. h. t., wo von einer res generali vel speciali *conventione* obligata die Rede iſt. Indeß die Generalhypothek wird ſchon hinreichend durch das cetera bona bezeichnet, und dann wären ja auch die Worte: bona fide et solenniter, in der erſten Hälfte der lex ſo gut wie ganz bedeutungslos; was kaum anzunehmen iſt. Die Baſiliken ſtehen uns auch nicht in der Art im Wege, daß wir nicht mit gutem Gewiſſen eine Stelle beſſer wie ſie ſollten auslegen dürfen.

Uebrigens bedarf es kaum erinnert zu werden, daß ex jure conventionis hier ſehr wohl für ex jure conventionis *generalis* (nach dem Ausdruck der l. 17. C. cit.) genommen werden könne. Denn wegen der vorhergehenden Worte, cetera bona, bedurfte es des Zuſatzes generalis gar nicht mehr; dieſer konnte daher füglich ganz wegbleiben. So viel iſt auf allen Fall gewiß, daß die Schwierigkeiten, welche von Koch, Geſterding, Glück und andern Interpreten wegen des gedachten Ausdrucks erhoben ſind, ſich auf mehr als Eine Weiſe beſeitigen laſſen.

Unſere l. 9. Cod. cit. ſpricht alſo aufs beſtimmteſte den Satz aus, daß der Pfandſchuldner, wenn er mit der hypothekariſchen Klage aus der Generalhypothek belangt wird, das beneficium oder die exceptio excussionis realis habe; und es iſt gar nicht nöthig, daß wir, um denſelben zu erweiſen, zu allgemeinen Gründen unſere Zuflucht nehmen. Doch iſt unläugbar, daß dieſe das Geſagte auf eine höchſt evidente Weiſe beſtätigen. S. hier beſonders Weber in der a. Schrift. Vor allen Dingen läßt es ſich juridiſch gar nicht begreifen, daß der Repräſentant des Paciscenten (der nachſtehende Pfandgläubiger), aus deſſen Vertrage ein Recht für ſich ſolle ableiten dürfen (in Gemäßheit der lex. 2. Cod. cit.), welches dieſem ſelbſt nicht zuſteht.